

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL E O RISCO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

JOÃO PEDRO DE LAMARE VAZ DE MELLO

Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE
JOÃO PEDRO DE LAMARE VAZ DE MELLO

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL E O RISCO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Nilo César Pompílio da Hora.**

**Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE**

FICHA CATALOGRÁFICA

d527r de Lamare Vaz de Mello, João Pedro
A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL E O RISCO
AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA /
João Pedro de Lamare Vaz de Mello. -- Rio de
Janeiro, 2019.
62 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. coisa julgada. 2. relativização. 3. presunção
de inocência. 4. execução provisória da pena. 5.
direito fundamental. I. Martins Pompílio da Hora,
Nilo César, orient. II. Título.

JOÃO PEDRO DE LAMARE VAZ DE MELLO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL E O RISCO AO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Nilo César Pompílio da Hora**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Não sou bom com as palavras, mas preciso agradecer algumas pessoas, já que, sem elas, teria sido impossível concluir essa etapa.

Obrigado à minha família, que sempre me apoiou e acreditou no meu potencial.

Obrigado à Anninha, pela paciência de me aturar por tanto tempo. Obrigado ao Francisco, pelos debates futebolísticos de alto nível. Obrigado à Mariana, por sempre me ajudar quando eu precisei. Obrigado ao Vinícius, pelas idas ao Maracanã e conversas sobre o Flamengo. Meus amigos são a coisa mais importante que levo desse curso.

E por fim, obrigado ao professor Nilo por sempre acreditar em mim, e pelos inúmeros ensinamentos, que não se restringem apenas ao Direito.

RESUMO

A admissibilidade da execução provisória da pena tem gerado controvérsia quanto à aplicação do Direito. A garantia da presunção de inocência determina que apenas com o esgotamento das possibilidades recursais é possível a realização de um juízo positivo de culpabilidade sobre o acusado. Isso significa que, para o início do cumprimento da pena, é necessária a formação de um título executivo, consubstanciado em sentença penal condenatória acobertada pelo trânsito em julgado. Dessa forma, a possibilidade de execução provisória da pena representa relativização da coisa julgada penal, sem previsão no modelo constitucional brasileiro, gerando a total descon sideração desse instituto. Ademais, o início do cumprimento da pena sem o esgotamento dos recursos representa grave afronta ao direito fundamental à presunção de inocência do acusado, que somente deve sofrer os efeitos de eventual condenação penal após o exaurimento de todos os meios jurídicos disponíveis.

Palavras-chave: coisa julgada; relativização; presunção de inocência; direito fundamental; execução provisória da pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1. CAPÍTULO I: FUNDAMENTAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	8
1.1. O direito fundamental à presunção de inocência e a importância do trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena.....	8
1.2. Tradução de modelos entre experiências jurídicas diversas.....	15
2. CAPÍTULO II: PROJETO DE LEI ANTICRIME E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	18
2.1. Aspectos gerais sobre o projeto de lei anticrime e a suposta efetividade do fomento de leis penais.....	18
2.2. A inconstitucionalidade do projeto de lei anticrime no tocante à execução provisória da pena.....	22
3. CAPÍTULO III: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	30
3.1. Análise sobre os paradigmas estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.....	30
3.2. A irretroatividade da jurisprudência maléfica quanto à execução provisória da pena.....	39
4. CAPÍTULO IV: RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	41
4.1. Importância e conceito de coisa julgada.....	41
4.2. Relativização e desconsideração da coisa julgada.....	47
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Os objetos de estudo da presente monografia são o instituto da coisa julgada e o direito fundamental à presunção de inocência, os quais serão analisados a partir do contexto da execução provisória da pena, que tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de uma construção jurisprudencial realizada paulatinamente.

Entretanto, como tem sido notado, a execução provisória da pena é tema que gera controvérsia dentro da própria Corte Suprema, o que gera oscilações no entendimento em relação a essa questão de extrema relevância para o Direito Constitucional e, sobretudo, para o Direito Processual Penal.

Nesse panorama, observa-se que alguns ministros, como Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, têm concedido, monocraticamente, decisões para assegurar o direito do acusado de recorrer em liberdade, contrariando o entendimento favorável ao início do cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância, firmado em sede do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP¹.

Nesse sentido, o que se pretende é analisar os efeitos gerados pela execução provisória da pena sobre o instituto da coisa julgada, bem como os riscos que esse entendimento pode gerar à garantia da presunção de inocência. Além disso, serão detalhados os motivos pelos quais o início do cumprimento da pena após julgamento em segunda instância é contrário ao ordenamento jurídico pátrio, bem como será realizado um panorama das decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa questão.

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.082.

O tema da presente monografia foi escolhido pela relevância que o debate sobre a possibilidade de execução provisória da pena possui no Direito Processual Penal, bem como no Direito Constitucional, já que o entendimento em relação a essa questão tem sido oscilante, gerando dificuldades quanto à interpretação e aplicação do Direito. Contudo, não se pode perder de vista que a possibilidade de cumprimento da condenação sem decisão acobertada pelo trânsito em julgado gera grave risco à garantia da presunção de inocência do acusado e, sobretudo, relativiza o instituto da coisa julgada, essencial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, será exposta a fundamentação da inconstitucionalidade do artigo 594, do Código de Processo Penal² para reforçar a inadmissibilidade da execução provisória da pena no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que o início do cumprimento da condenação somente pode ocorrer após a existência de título executivo consubstanciado em sentença acobertada pelo trânsito em julgado, sem nenhum tipo de condicionamento. Tal entendimento já havia sido consolidado quando da declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se torna essencial relembrar o raciocínio utilizado naquela ocasião, para reforçar a impossibilidade de execução provisória da pena.

De igual modo, é importante a realização de uma análise sobre o direito fundamental à presunção de inocência e como essa garantia está intrinsecamente ligada ao esgotamento das possibilidades recursais das partes, pois apenas com o trânsito em julgado de sentença condenatória torna-se possível formar um juízo positivo de culpabilidade sobre o réu, permitindo, assim, que o Estado possa exigir o início do cumprimento de sua pena.

² Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Nesse sentido, será ressaltada a divergência entre o modelo de Processo Penal adotado pelo Brasil, e o modelo adotado nos Estados Unidos, tendo em vista que os conceitos de culpabilidade elegidos são diversos nesses países. De mais a mais, a livre tradução de conceitos entre ordenamentos jurídicos diferentes pode causar danos a direitos fundamentais, os quais não podem ser suprimidos nem mesmo por Emendas Constitucionais, razão por que é tão grave a importação de institutos pertencentes a culturas jurídicas distintas, ignorando a lógica do sistema constitucional vigente no país.

Em um segundo momento, o projeto de lei anticrime proposto por Sérgio Moro, Ministro da Justiça e Segurança Pública do Governo de Jair Bolsonaro, será debatido no que diz respeito às propostas de alterações no Código Penal, Código de Processo Penal, e Lei de Execução Penal, para que a execução provisória da pena possua respaldo na legislação ordinária. Com efeito, os discursos a favor do aumento de leis penais, bem como do recrudescimento das já existentes será discutido de forma crítica, expondo o cenário do crescimento do número de crimes no Brasil e a ineficácia da edição de leis penais e alteração das já existentes como única solução para o combate à criminalidade no país.

Ademais, torna-se latente a inconstitucionalidade do referido projeto de lei no tocante à admissibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância, justamente por suprimir o direito fundamental à presunção da inocência, o que é vedado ao Poder Constituinte Derivado, sendo ainda mais grave a tentativa de esvaziamento de tal garantia pela via infraconstitucional. De igual forma, a argumentação em torno de um suposto esgotamento das questões fático-probatórias nos recursos especial e extraordinário merece ser debatida, tendo em vista a complexidade da realização de uma total separação entre questões de fato e questões de direito no Processo Penal, bem como será discutida a proposta de retirada do efeito suspensivo dos mencionados recursos.

Posteriormente, a evolução jurisprudencial da admissibilidade da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal será analisada, utilizando-se dois

marcos relevantes: o *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, julgado no ano de 2009, no qual a Corte Suprema assentou o entendimento que afastava a possibilidade do início do cumprimento da condenação após o julgamento em segunda instância, e o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, julgado no ano de 2016, em que prevaleceu majoritariamente o entendimento favorável à execução provisória da pena.

Desse modo, evidencia-se que até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal apresentava entendimento favorável à execução provisória da pena, o que mudou com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Todavia, a partir de 2016, a mencionada Corte, de forma majoritária, voltou ao seu posicionamento anterior, para admitir novamente a possibilidade da execução provisória da pena, em sede do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

Com efeito, serão expostos os fundamentos utilizados em ambos os julgados, bem como serão dados exemplos de precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a seguir o posicionamento firmado no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, admitindo a execução provisória da pena.

Além disso, é necessário ressaltar a ideia de irretroatividade da jurisprudência maléfica ao réu, para demonstrar que o entendimento favorável ao cumprimento de sentença condenatória após o julgamento em segunda instância somente poderia ser aplicado às infrações penais cometidas sob a vigência da nova orientação jurisprudencial, justamente pela insegurança jurídica causada pelas constantes oscilações jurisprudenciais que flexibilizam direitos fundamentais.

Por fim, será exposto o conceito de coisa julgada, bem como a dupla importância desse instituto, como elemento de existência do Estado Democrático de Direito, estabelecido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal³, e garantia

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior⁴. Além disso, é essencial tratar sobre a relevância da cognição exauriente para o proferimento de uma decisão justa, assim como se torna indispensável que essa decisão seja revestida pelo manto da imutabilidade conferida pela coisa julgada, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito não funciona adequadamente sem a existência da segurança jurídica. No que concerne à conceituação da coisa julgada, torna-se necessário ressaltar as diferenças entre esse instituto e a eficácia natural da sentença, principalmente no tocante às características dos efeitos que cada um deles produz em relação às partes.

Após a exposição da importância e conceituação da coisa julgada, serão tratadas as suas hipóteses de relativização, tanto no Direito Processual Civil, quanto no Direito Processual Penal, deixando claro que, nesse último, a coisa julgada está diretamente ligada à garantia da presunção de inocência. O objetivo desse raciocínio é deixar evidente que a execução provisória da pena representa hipótese de relativização ou total desconsideração da coisa julgada penal não prevista no modelo constitucional adotado pelo Brasil, gerando riscos não só a esse instituto, bem como ao direito fundamental à presunção de inocência.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

CAPÍTULO I – FUNDAMENTAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1.1 - O direito fundamental à presunção de inocência e a importância do trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena

De início, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a existência de execução provisória da pena, conforme, inclusive, já havia sido consolidado quando da revogação do artigo 594, do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008. O raciocínio empregado para a fundamentação da inconstitucionalidade desse dispositivo é semelhante ao utilizado para afastar a possibilidade de execução provisória da pena após o esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

Com efeito, confira-se a antiga redação do mencionado dispositivo, *in verbis*:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

A referida norma estabelecia, em suma, a inadmissibilidade da apelação do réu sem recolher-se à prisão, salvo se o mesmo fosse primário e de bons antecedentes. Ora, esse tipo de prisão é considerada provisória de natureza processual, assim definida por Rogério Lauria Tucci, tendo em vista que ocorre no âmbito do processo em curso, sendo necessariamente vinculada a ato processual anterior⁵, qual seja, a sentença condenatória recorrível. Entretanto, tal modalidade de prisão é inconciliável com a presunção de inocência, no que se refere aos condenados reincidentes ou portadores de maus antecedentes, haja vista o artigo 5º, inciso LVII referir-se a somente o trânsito em

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 383.

julgado de sentença penal condenatória para que o acusado possa ser considerado culpado⁶. Nesse sentido, apenas

“se outro fosse o enunciado do texto constitucional (por exemplo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que primário e de bons antecedentes”), é que se poderia imaginar a odiosa restrição da liberdade do imputado precedentemente à provisória (e, conseqüentemente, mutável) condenação”⁷.

De mais a mais, Rogério Lauria Tucci rememora que, “como bem lembrado por ROBERTO DELMANTO JÚNIOR, (...) “a análise da primariedade ou da reincidência, bem como dos bons ou dos maus antecedentes está vinculada à fixação da pena (Código Penal, arts. 59, 61, I, e 63), ou seja, ao Direito Penal, e não à verificação da necessidade cautelar da prisão provisória, matéria afeta ao Direito Processual Penal”.”⁸

Portanto, o texto constitucional é claro quanto à restrição do juízo positivo de culpabilidade para os casos em que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, e, conseqüentemente, para o início do cumprimento da pena a partir do esgotamento de todas as possibilidades recursais. Entender de outra forma seria inserir ressalva a direito fundamental, não prevista no texto constitucional, o que é vedado pela própria dinâmica interpretativa legal, pois “o texto de lei, especialmente o constitucional, quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva, ou diversificativa”⁹, sendo que “somente quando se trate de disposição ambígua ou obscura, propiciante de entendimento duvidoso, torna-se admissível a interpretação extensiva, **em favor da liberdade (*favor libertatis*)** (g.n.)”¹⁰.

⁶ Idem, p. 385.

⁷ Idem, p. 387.

⁸ Idem, p. 388-389.

⁹ Idem, p. 385-386.

¹⁰ Idem, p. 386.

Nesse sentido, veja-se a fundamentação dos seguintes julgados mencionados por Rogério Lauria Tucci, os quais sintetizam a questão da inconstitucionalidade do artigo 594, do Código de Processo Penal:

“ Um deles, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no *Habeas Corpus* 79.565-3, relativo ao crime de tráfico de entorpecente, e sendo relator o Desembargador WEISS de ANDRADE, deixou assentado que: “Prevalecendo, por força de dispositivo constitucional, a presunção de inocência do acusado, evidente que sua prisão somente será admissível após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Se o acusado é presumido inocente e se conserva em liberdade durante todo o transcurso da ação penal, não há como se aceitar deva ser recolhido à prisão para discutir o fundamento de sua condenação. Aceita a possibilidade de que deva ser preso para questionar sua condenação, o preceito constitucional se torna inócuo e de nenhuma valia. Para tanto basta considerar que uma vez absolvido no Juízo de Segunda Instância, sua prisão seria, como é curial, ilícita e ilegal”.”¹¹

(...)

“ E o terceiro, da Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação 555.245-0, sendo relator o Juiz SOUZA REGO, enfatizou, no voto condutor, que “a norma legal que prevê o recolhimento à prisão como simples efeito da sentença condenatória é incompatível com a garantia instituída no art. 5.º, inc. LVII, da CF. (...) Trata-se de reconhecer, isso sim, que a prisão só poderá representar ou o cumprimento de sentença (nesse caso transitada em julgado) ou uma medida de cautela imposta pela necessidade de garantia da ordem pública, ou pela conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei. (...) De modo que a exigência de recolhimento, agora, se prenderia *unicamente* ao fato de que foi condenado. Mas não é decisão definitiva, e nos termos da nova Constituição, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’”.”¹²

Outro ponto essencial a ser esclarecido é a distinção de natureza entre as prisões cautelares e a definitiva. Primeiramente, no que concerne às prisões cautelares, Aury Lopes Jr. ressalta que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”¹³. Para que a prisão cautelar possa ser decretada, é necessária “a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios

¹¹ Idem, p. 393.

¹² Idem, p. 394.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 581.

suficientes de autoria”¹⁴, bem como a existência do *periculum libertatis*, “enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado”¹⁵, sendo que “o risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo”¹⁶, assumindo “o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo”¹⁷. Conforme ressaltado por Alexandre Morais da Rosa,

“apesar da impossibilidade fática da extinção das “prisões cautelares”, é possível se defender que para sua decretação ou manutenção devem concorrer os requisitos legais para tanto, não sendo bastante a mera referência à capitulação, em tese, da conduta, havendo necessidade inafastável da demonstração, fundamentada, de sua excepcionalidade. Não serve, portanto, a mera transcrição dos termos legais, devendo-se comprovar argumentativamente as condições fáticas de tal medida, não se prestando também a mera gravidade da infração imputada, o clamor público, e os antecedentes. A garantia da “presunção de inocência” precisa ser levada a sério, evitando-se prisões anteriores ao julgamento definitivo, sob pena de se transformar a “presunção de inocência a um inútil engodo, demonstrando que o uso deste instituto, antes ainda de um abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais”¹⁸.

No que diz respeito à prisão em caráter definitivo, esta é proveniente de sentença penal condenatória acobertada pelo manto da coisa julgada, assumindo natureza de título executivo, o qual constitui pressuposto jurídico da execução penal,

“atividade ordenada e fiscalizada por órgãos jurisdicionais, para efetivar o cumprimento dos títulos de execução”, isto é, “as sentenças condenatórias firmes proferidas em processo penal” -, de pressuposto fático, ou prático (como o denomina LIEBMAN), consistente na falta de cumprimento espontâneo do julgado, pelo vencido ou desfavorecido”¹⁹.

¹⁴ Idem, p. 582.

¹⁵ Idem, p. 582.

¹⁶ Idem, p. 582.

¹⁷ Idem, p. 582.

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In: MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 6-7.

¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

Portanto, resta evidente que a ideia aplicada para fundamentar a revogação do artigo 594, do Código de Processo Penal é similar ao raciocínio adotado para afastar a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, tendo em vista que o texto constitucional restringe a prisão proveniente de sentença penal condenatória somente para a situação em que tal decisão esteja acobertada pelo trânsito em julgado, em consonância com o princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Assim, as únicas hipóteses de encarceramento provisório são aquelas de natureza cautelar, quais sejam, as prisões em flagrante, temporária, e preventiva²⁰. Nas palavras de Rogério Lauria Tucci,

“a vigente Carta Magna de nossa República Federativa, por outro lado, permite não só a *prisão em flagrante delicto*, com as cautelas especificadas nos incs, XI, XLIX, LVI, LVIII, LXII, LXIII e LXIV do mesmo art. 5.º, bem como a *temporária* e a *preventiva*, desde que calcadas em ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente (cf. inc. LXI também do art. 5.º),”²¹.

Demais disso, é preciso observar que o direito fundamental à presunção de inocência (ou não culpabilidade) restou consagrado a partir dos ideais liberais difundidos no século XVIII, conforme se verifica no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo reproduzido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU, em seu artigo XI, e passando a integrar as Constituições modernas.²² Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa,

“presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor, é uma tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pelos condicionamentos que o lugar estabelecido para o juiz, na estrutura, impõe. Com efeito, a “Presunção de Inocência”, embora com alguns antecedentes históricos, encontrou reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, seu marco ocidental, segundo o qual se presume a inocência do acusado até prova em contrário reconhecida em sentença condenatória.”²³

²⁰ Idem, p. 281.

²¹ Idem, p. 391.

²² Idem, p. 379-380.

²³ ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In: MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (Org.).

Nesse sentido, confira-se a redação dos mencionados dispositivos, bem como do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Logo, a presunção de inocência constitui a garantia que o acusado possui de apenas ser considerado culpado após o regular desenvolvimento do devido processo legal, constituindo uma forma de contenção do poder estatal, haja vista ter sido consagrada justamente a partir da difusão dos ideais liberais, em uma época de valorização das liberdades individuais.

Nesse passo, tendo em mente que o processo deve observar os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, bem como que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal estabelece o requisito do trânsito em julgado de sentença penal para a formação de um juízo positivo de culpabilidade, a execução de decisão condenatória de um indivíduo, sem que todas as possibilidades de recurso tenham sido

esgotadas pela defesa, representa grave afronta ao direito fundamental à presunção de inocência.

Conforme Geraldo Prado assinala,

“os direitos fundamentais são o *fundamento* do Estado de Direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder. Diferença evidente na oposição dicotômica Estado (MP) vs. acusado.”²⁴

Assim, o cumprimento de pena exige título executivo, consubstanciado em sentença penal condenatória transitada em julgado, sendo o mencionado título “pressuposto jurídico, aliás único, da execução penal, e reclama estrita observância, não só do seu próprio conteúdo, como das disposições legais e regulamentares atinentes ao respectivo procedimento”²⁵.

Ademais, cumpre relembrar que o texto constitucional brasileiro acolhe o modelo acusatório, no qual o juiz deve rejeitar a iniciativa probatória e promover o processo entre as partes (acusação e defesa), construindo a estrutura processual sobre alicerces democráticos²⁶. No mencionado modelo, a sentença faz coisa julgada, bem como a liberdade do acusado é a regra, devido à predominância do princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade), contrariamente ao modelo inquisitório, no qual a sentença não faz coisa julgada e a prisão preventiva é a regra²⁷. Logo,

²⁴ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 23 – Nº 277 – DEZEMBRO 2015 – ISSN 1676 – 3661, p. 11.

²⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In: MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 6.

²⁷ Idem, p. 6.

“cabe relevar que o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a “Inocência” como uma figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, um processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias”²⁸.

1.2 - Tradução de modelos entre experiências jurídicas diversas

Outrossim, verifica-se uma tentativa apressada de importação de conceitos e institutos provenientes de sistema jurídico diverso do brasileiro, argumentando-se, principalmente, em prol da duração razoável do processo. Porém, antes de tudo, é necessário ressaltar que

“as considerações sobre a eficiência do sistema de justiça criminal remetem a estudos de política criminal e conhecimentos de criminologia e Direito Penal. A argumentação estribada nos ordenamentos jurídicos de outros Estados e no sistema de proteção de direitos humanos enfrenta o desafio da tradução entre experiências jurídicas de origem diversa. Em qualquer caso há premissas teóricas cujas bases são investigadas pela história específica de nosso modelo de justiça criminal. O *corpus* teórico que constitui o Direito Processual Penal não é caprichoso ou acidental. Os conceitos do processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente”²⁹.

Além disso, os conceitos que estruturam o regime jurídico dos recursos no processo penal brasileiro são operacionais, ou seja, “funcionam como “critério de racionalidade da jurisprudência criminal” cumprindo a relevante função de “*contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito*”³⁰, sendo o termo operacional transitivo, pois remete a uma função maior que dirige o processo penal brasileiro, ditada pela presunção de inocência³¹.

²⁸ Idem, p. 13.

²⁹ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 23 – Nº 277 – DEZEMBRO 2015 – ISSN 1676 – 3661, p. 10.

³⁰ Idem, p. 10.

³¹ Idem, p. 10.

Geraldo Prado menciona que o fenômeno de “tradução”, a partir de uma aparente livre comunicação entre modelos diametralmente opostos, pode ser chamado de praxismo, o qual

“argumenta com juízos limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da declaração judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação e postula a alteração da Constituição para eliminar o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial em matéria penal, liberando a imediata execução da pena. As mudanças em perspectiva visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela cláusula pétrea da presunção de inocência”³².

Nesse sentido, cumpre delimitar a diferença entre o modelo de processo penal adotado nos EUA e o modelo aplicado em solo brasileiro, tendo em vista que o primeiro é o do controle social do delito, o qual deposita no processo penal o objetivo principal de luta contra o crime, operando a partir de um conceito de culpabilidade fática, em que prevalece a tese de igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis, cabendo ao Estado a garantia de uma justiça eficiente³³. Em total oposição a essa ideia, o Brasil adota o conceito jurídico de culpabilidade em seu modelo constitucional de devido processo legal, estruturado a partir da cláusula pétrea da presunção de inocência, não admitindo a igualdade entre os direitos fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado referentes à repressão ao delito³⁴. Com efeito,

“o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula pétrea da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de “igualdade”³⁵.

³² Idem, p. 11.

³³ Idem, p. 11.

³⁴ Idem, p. 11.

³⁵ Idem, p. 11.

Isso porque, a perspectiva do Ministério Público, de sujeitar acusados às penas em um processo em que não há trânsito em julgado, corresponde a de uma situação jurídica, enquanto a posição da defesa corresponde a do exercício do direito fundamental de resistir a restrições de direitos fundamentais, como as que afetam a presunção de inocência. Enquanto uma situação jurídica caracteriza-se por corresponder a poderes ou deveres adquiridos através de título específico, o qual impõe sujeição a terceiros, pois interferem na esfera jurídica alheia, o exercício de direito fundamental pela defesa visa, justamente, impor limites aos poderes inerentes à situação jurídica³⁶.

Logo, percebe-se que a importação imediata de institutos provenientes da tradução do modelo da culpabilidade fática para a jurídica produz sérias consequências, pois o modelo brasileiro não admite a equiparação das posições do acusador e de quem se defende da acusação imputada. Nas palavras de Geraldo Prado:

“sob o prisma político-criminal, a alteração proposta miscigena modelos antagônicos. Pela perspectiva da dogmática processual penal-constitucional, atenta contra a distinção entre fundamento dos “direitos fundamentais” e das “situações jurídicas” (cabimento em tese do recurso do MP)”³⁷.

“Nesse contexto, não são equiparáveis às posições de quem acusa e de quem se defende e isso distingue o modelo brasileiro do paradigma norte-americano, cuja visão liberal possibilita a renúncia do acusado ao próprio processo e a assunção pessoal das sanções penais acordadas (*plea bargaining*)”³⁸.

³⁶ Idem, p. 11.

³⁷ Idem, p. 11.

³⁸ Idem, p. 11.

CAPÍTULO II – PROJETO DE LEI ANTICRIME E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

2.1 - Aspectos gerais sobre o projeto de lei anticrime e a suposta efetividade do fomento de leis penais

O projeto de lei anticrime, elaborado por Sérgio Moro, Ministro da Justiça e Segurança Pública do Governo de Jair Bolsonaro, pretende estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado, e os crimes praticados com grave violência à pessoa, conforme se extrai do texto de seu artigo 1º³⁹. Dentre as diversas alterações sugeridas, principalmente ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, encontra-se no primeiro capítulo de tal projeto, o oferecimento de medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância. Com efeito, o Professor Nilo César Martins Pompílio da Hora resume as fórmulas apresentadas no projeto da seguinte maneira:

“a) Criminalização de nova conduta; b) Alteração costumeira de conceito de organização criminosa; c) Redimensionamento da pena com agravamento considerável; d) Alargamento do rol dos crimes hediondos; e) Relativização da presunção de inocência; f) Banalização do devido processo legal e contraditório; g) Vulgarização/marginalização da legítima defesa enquanto excludente de ilicitude com assento constitucional; h) Endurecimento no cumprimento das penas; i) Legitimação de medidas objetivando perdimento de bens; j) Acréscimo de hipóteses de juridicidade duvidosa com o escopo de driblar a prescrição; l) Comprometimento no manuseio de medidas com o fim de macular a viabilidade do consenso no processo penal; m) Comprometimento dos critérios delimitadores da jurisdição e competência no processo penal; n) Pulverização do interrogatório judicial enquanto meio de prova, principalmente meio pelo qual se viabiliza a autodefesa; o) A novidade do “informante do bem”.”⁴⁰

Inicialmente, torna-se essencial discutir a efetividade dos discursos a favor do aumento de leis e criminalização de condutas, bem como das reformas penais, no que

³⁹ *PROJETO DE LEI ANTICRIME*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06>>. Acesso em: 20/06/2019.

⁴⁰ HORA, Nilo César Martins Pompílio da. *COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI ANTICRIME: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA*. p. 1-2. No prelo.

diz respeito à (não) diminuição da criminalidade no Brasil. Nesse ponto, Luiz Flávio Gomes ressalta que “as reformas penais, por si sós, não produzem o efeito de reduzir a criminalidade ou mesmo diminuir a impunidade. O crime organizado, o violento e a corrupção precisam ser combatidos com firmeza, mas temos que orquestrar algo bem efetivo para isso.”⁴¹ O referido autor também destaca que,

“no campo criminal, a elaboração da lei constitui apenas uma parte do esforço de reduzir a criminalidade ou diminuir a impunidade. Muitas vezes esse esforço é louvável (e sincero). Mas a população precisa entender que a redução da criminalidade exige mais que a elaboração da lei, que é necessária (muitas vezes), porém, insuficiente.”⁴²

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes sugere três pontos relevantes trazidos por Cesare Beccaria:

“(i) é mais importante para a prevenção do crime (e redução da criminalidade) a pena certa e rápida (certeza do castigo) do que as penas duras que não são aplicadas; (ii) nenhuma reforma penal terá sucesso sem as concomitantes reformas socioeconômicas e educacionais (...); (iii) infere-se da obra de **Beccaria**, que a certeza do castigo exige uma Justiça estruturada, uma polícia com excelente capacidade investigativa e um Ministério Público independente.”⁴³

Em primeiro lugar, é imprescindível que haja um aumento na capacidade de investigação dos crimes pelas autoridades competentes, a partir de um direcionamento maior de recursos para essa área, tendo em vista que,

“em geral, menos de 10% dos crimes são investigados e processados no Brasil. Mais de 90% tem impunidade garantida desde o início. Em relação aos homicídios, entre 6% e 20% são investigados (há divergências nos institutos de pesquisa), mas nem sequer 10% são julgados. Na França, esse número chega a 80%; nos EUA, 65%; e no Reino Unido, 90% (índice semelhante ao da Espanha). Não existe a certeza do castigo no Brasil. A polícia investigativa

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 27 – Nº 316 – MARÇO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 12.

⁴² Idem, p. 12.

⁴³ Idem, p. 12.

está sucateada completamente. Sua capacidade de resolução dos crimes é muito baixa. Sem a certeza do castigo não se pode esperar o efeito preventivo da pena. O Direito Penal só pode produzir eficácia preventiva quando a lei é efetivamente aplicada (isso se chama, no direito anglo-saxão, império da lei).”⁴⁴

Contudo, a questão da investigação criminal não restou adequadamente tratada na proposta elaborada por Sérgio Moro, conforme assinalado por Nilo César Martins Pompílio da Hora:

“De fato, deixou a proposta de tratar do crucial que é a gestão da investigação criminal ainda muito mal tratada por uma legislação que apenas aperfeiçoa o manejo de medidas cautelares, sem contudo modernizar efetivamente o Código de Processo Penal no que diz respeito ao título relativo ao ‘INQUÉRITO POLICIAL’, sendo essencial destacar nesse aspecto que sobrevivemos nesse campo, lançando mão de dispositivos ali previstos que não conversam ou interagem efetivamente com as legislações que versam sobre as referidas medidas cautelares de interceptação telefônica, prisão preventiva, temporária, busca e apreensão e outras.”⁴⁵

Dentre as sugestões realizadas por Luiz Flávio Gomes para aprimorar o projeto anticrime elaborado por Sérgio Moro, cabe ressaltar, nessa linha, a promoção de medidas de profissionalização das polícias brasileiras, sobretudo da investigativa, o incentivo à apuração da corrupção policial, e a melhoria das condições de trabalho dos policiais, assim como seus treinamentos e salários⁴⁶, visando justamente aumentar a capacidade de investigação e resolução dos crimes pelas autoridades policiais, gerando, assim, maior efetividade na aplicação da lei penal.

Com o objetivo de ilustrar a pouca efetividade das leis penais pátrias, Luiz Flávio Gomes traz à tona números assustadores que revelam o caótico cenário brasileiro no que diz respeito à criminalidade. Com efeito, o referido autor sublinha que desde 1940, 180 leis penais de combate à delinquência foram editadas, citando como

⁴⁴ Idem, p. 12.

⁴⁵ HORA, Nilo César Martins Pompílio da. *COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI ANTICRIME: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA*. p. 2. No prelo.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 27 – Nº 316 – MARÇO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 14.

exemplos a Lei dos crimes hediondos, o rigor na execução da pena, as múltiplas sanções, os aumentos de pena, a construção de presídios, entre outras estratégias. Entretanto, as pesquisas criminológicas têm demonstrado um aumento do número de crimes cometidos em território brasileiro, e não sua diminuição⁴⁷.

Especificamente no que diz respeito ao número de homicídios, o autor mostra que de 1940 até os dias atuais, a população cresceu 5 (cinco) vezes, enquanto o número de homicídios aumentou quase 10 (dez) vezes mais, provando que o crescimento de homicídios é proporcionalmente maior que o crescimento populacional.⁴⁸ Ademais, no tocante à população carcerária brasileira, esta “explodiu nos últimos 30 anos. Em 1990 era de 90 mil presos. Em 2016 já alcançávamos a marca de 726 mil presos. O Brasil é o 3º país com mais encarceramento (atrás dos EUA e China). Está entre os 10 primeiros em evolução prisional.”⁴⁹

Portanto, resta evidente que somente a criação de novas leis penais, bem como alterações das já existentes, não diminuirá o número de delitos praticados, tampouco resolverá o problema da criminalidade no Brasil, tendo em vista que é certo que “a promulgação contínua de leis penais não diminui a criminalidade”⁵⁰, não tendo havido “relação de causalidade entre a reforma penal e a diminuição do delito (não há uma causa da qual advenha uma determinada consequência).”⁵¹ Se isoladamente, as leis penais são ineficazes, é necessário que sirvam

“para fazer um ou outro ajuste na legislação, para corrigir desproporcionalidade de uma pena ou uma anomalia técnica, para preencher uma lacuna incriminatória que pode significar formalmente uma proteção insuficiente de determinado bem jurídico, para atender um reclamo internacional ou da sociedade local”⁵².

⁴⁷ Idem, p. 12.

⁴⁸ Idem, p. 12.

⁴⁹ Idem, p. 13.

⁵⁰ Idem, p. 12.

⁵¹ Idem, p. 12.

⁵² Idem, p. 13.

A edição de novas leis penais, ou alteração das já existentes não podem ser tratadas como únicas soluções para o problema da criminalidade no país, apenas como respostas a demandas de alguns grupos sociais. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes pontua o seguinte:

“editar uma lei apenas para aplacar a ira da população após um crime bárbaro que tenha gerado comoção social, para esquivar o poder público de promover políticas públicas tendentes a resolver clássicos problemas, para satisfazer o eleitorado ou pagar promessas de campanha, ainda que gerando nele a sensação de segurança ou maior coesão social, para estimular o atávico sentimento de vingança que acompanha o humano (de forma mais aguda e primitiva, na medida em que a sociedade conte com maior ou menor grau de civilidade e escolaridade), para firmar a simbólica autoridade do Estado, só para se mostrar que “algo está sendo feito” e que o Estado “não está se omitindo”: tudo isso, sem nenhum comprometimento com a efetividade da lei, não se mostra uma atividade legítima.”⁵³

2.2 - A inconstitucionalidade do projeto de lei anticrime no tocante à execução provisória da pena

Especificamente sobre o projeto de lei anticrime, percebe-se o oferecimento de diversas alterações legislativas para assegurar o cumprimento da execução da pena após o julgamento em segunda instância. Confira-se essas mudanças, no que diz respeito ao Código de Processo Penal, Código Penal, e Lei de Execução Penal, conforme assinalado por Nilo César Martins Pompílio da Hora:

“ Quanto ao Código de Processo Penal foi indicada a introdução do art. **617-A**, quando se reconhece ao Tribunal de 2ª Instância o poder de determinar a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, proferido acórdão condenatório, sem prejuízo da admissibilidade/conhecimento dos recursos que naturalmente serão interpostos.

No § 1º do dispositivo permite-se, ao tribunal, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

⁵³ Idem, p. 13.

No § 2º assevera-se que caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

Em relação ao art. 637 do mesmo Código, produziu-se nova redação assinalando-se que o recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

No § 1º, acentua-se que excepcionalmente poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I – não tem propósito meramente protelatório; e

II – levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

No § 2º, observa-se que o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Referente ao art. 638 do Código de Processo Penal surgiu com o alargamento em parâmetros novos para o processamento e julgamento do recurso extraordinário e recurso especial, tudo condicionado pelas leis especiais, lei processual civil e respectivos regimentos internos.

Quanto ao artigo 283 do Código de Processo Penal ressaltou-se que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado”.

Já o artigo 133 e **PARÁGRAFOS** do Código de Processo Penal passaram a ter a seguinte dicção:

Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial.

§ 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária.” (NR)

Por fim, o artigo 122 do Código de Processo Penal, veio com a seguinte leitura:

“Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133.” (NR)

No Código Penal:

Art. 50. A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

....." (NR)

Art. 51. A multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição." (NR)

Na Lei de Execução Penal as alterações foram:

Art. **105.** Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." (NR)

Art. **147.** Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares." (NR)

Art. **164.** Extraída certidão da condenação em segunda instância ou com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora."⁵⁴

Entretanto, cabe lembrar que a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é um direito fundamental, integrando, portanto, o rol das cláusulas pétreas previsto no artigo 60, parágrafo 4º, da Carta Magna, especificamente no inciso IV deste parágrafo, que menciona os direitos e garantias individuais. Conforme rememorado por Rogério Lauria Tucci, o princípio da presunção de inocência é a “asseguração, ao imputado, do *direito de ser considerado inocente* até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a *coisa julgada de autoridade relativa*.”⁵⁵

Logo, para que se pudesse restringir tal garantia, seria necessária a promulgação de uma nova Constituição, tendo em vista que nenhuma proposta de alteração da Carta

⁵⁴ HORA, Nilo César Martins Pompílio da. *COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI ANTICRIME: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA*. p. 2-4. No prelo.

⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 379.

Magna nesse sentido poderá ser admitida. Não menos grave é a tentativa de restringir o direito fundamental à presunção de inocência pela via infraconstitucional, a partir de alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, e na Lei de Execução Penal, o que, sem dúvidas, determina a inconstitucionalidade do Projeto de lei anticrime no tocante à proposta de execução provisória de condenação criminal.

Com efeito,

“o Código de Processo Penal, como norma infraconstitucional, retira validade da Constituição e, bem assim, deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na verdade, não é que o réu tem presunção de inocência, mas, sim, uma certeza dessa inocência até prova cabal de sua culpabilidade, o que só será atingido com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁵⁶.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que a garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação deve ser entendida como um verdadeiro dever de tratamento, ou seja, como exigência de que o réu seja realmente tratado como inocente até o esgotamento das possibilidades recursais⁵⁷. Esse dever de tratamento possui, conforme o autor, duas dimensões em relação ao processo:

“Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto - inicialmente - ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do

⁵⁶ GIUBERTI, Glenio Puziol. *A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 314 – JANEIRO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 11.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 96.

fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”⁵⁸.

No que concerne à proposta de retirada do efeito suspensivo dos recursos extraordinários *lato sensu*, percebe-se uma errônea concepção de que as questões fáticas e probatórias não são analisadas nesses recursos, por um suposto esgotamento destas perante os tribunais superiores. Nesse sentido, Glenio Puziol Giuberti afirma que “essa distinção entre matéria de fato e matéria de direito é de difícil configuração, na medida em que o tribunal superior recebe os autos com tudo o que já foi produzido, inclusive a matéria fática qualificada juridicamente.”⁵⁹ A separação entre questões de fato e de direito é tarefa de extrema complexidade, não só no processo penal, como também no processo civil, tendo em vista que “a questão de direito é pensada a partir dos fatos e vice-versa”⁶⁰. No processo penal, tal separação torna-se ainda mais dificultosa, pois

“o objeto do processo penal, sobre o qual serão produzidas as provas e debatidas as teses de acusação e defesa, configura-se na descrição dos fatos na inicial acusatória, bem como na sua correta qualificação jurídica, justamente porque o fato deve subsumir-se a um tipo penal posto no Código Penal”⁶¹.

“Por isso, ou seja, fora do âmbito da legalidade estrita, é que a tentativa de completa separação entre questão de fato e questão de direito apta a sustentar a execução provisória da pena pela impossibilidade de discussão em sede de recursos nos tribunais superiores também não é tão simples”⁶².

Cumprе ressaltar que a vedação em sede de recursos extraordinários *lato sensu* diz respeito ao simples reexame do conjunto fático-probatório, “o que não impede,

⁵⁸ Idem, p. 96-97.

⁵⁹ GIUBERTI, Glenio Puziol. *A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 314 – JANEIRO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 10.

⁶⁰ Idem, p. 10.

⁶¹ Idem, p. 10.

⁶² Idem, p. 10.

portanto, a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, ou seja, o juízo de tipicidade realizado pelo tribunal *a quo* no caso concreto”⁶³. Aury Lopes Jr., pontua que,

“o que se veda é a rediscussão axiológica da prova em relação ao caso penal, mas não o regime legal das provas. Portanto, a violação de regras processuais atinentes à prova, dos princípios das provas, a utilização de prova ilícita, a prova ilícita por derivação, a atribuição de carga probatória ao réu, enfim, as questões legais acerca da prova, são passíveis de recurso especial”⁶⁴.

Nesse ponto, torna-se importante conferir as redações das Súmulas nº 07 do STJ, e nº 279 do STF, *in verbis*:

Súmula 07 do STJ:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Súmula 279 do STF:

“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Portanto, o que se pretende evitar é justamente a rediscussão do julgamento da lide nos tribunais superiores, com o fim de obtenção de um novo resultado que seja favorável à parte recorrente, a partir de um re julgamento do mérito da causa. Com efeito, o objetivo dos recursos especial e extraordinário é “o saneamento de vício referente à qualificação jurídica dos fatos declarados nos autos até o momento do julgamento perante os tribunais superiores”⁶⁵. Entretanto, é praticamente impossível no caso concreto realizar esse saneamento de vício referente à qualificação jurídica dos fatos sem analisar todos os pontos que foram discutidos durante o processo, levando o julgador a fazer, necessariamente, uma reanálise das questões fáticas presentes naquela

⁶³ Idem, p. 10.

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.064.

⁶⁵ GIUBERTI, Glenio Puziol. *A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 314 – JANEIRO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 10.

lide, tendo em mente que “a prova (questão de fato) é o pano de fundo da discussão, mas não o objeto dela”⁶⁶.

Existe, ainda, o argumento de que o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário deve ser suprimido, antecipando-se o trânsito em julgado da condenação, pois esses recursos possuem, em tese, baixa probabilidade de modificação do acórdão guerreado, causando a demora na prestação jurisdicional, e a consequente prescrição da pretensão punitiva estatal. Geraldo Prado, rebatendo frontalmente essa tese, afirma que a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário tornou-se ainda mais dificultosa com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Confira-se:

“curioso (...) que se pretenda suprimir o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário defensivos e antecipar a execução das penas porque, supostamente, não sendo “eficientes”, na forma como estão hoje protelariam o trânsito em julgado da condenação, sobrecarregando os tribunais superiores... enquanto desde a Emenda Constitucional 45/2004 afunilou-se sensivelmente a entrada desses recursos, por exemplo, com a repercussão geral.”⁶⁷

Aury Lopes Jr., nesse ponto, destaca que “(...) o caráter “extraordinário” desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”.”⁶⁸ Outrossim, o mencionado autor realiza interessante reflexão, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, no que diz respeito ao discurso de combate à impunidade e uma suposta demora no julgamento dos recursos extraordinários *lato sensu*, bem como em relação ao papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“o discurso de “combate à impunidade” e da “demora excessiva” do julgamento dos recursos de natureza extraordinária é um argumento falacioso. Primeiro (em apertadíssima síntese), o papel do STF não é de corresponder às

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.064.

⁶⁷ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 23 – Nº 277 – DEZEMBRO 2015 – ISSN 1676 – 3661, p. 12.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.083.

expectativas sociais criadas (se fosse assim, teria de admitir a tortura para obter a confissão, a pena de morte, a pena perpétua e outras atrocidades do estilo, de forte apelo popular, mas constitucionalmente impensáveis), mas sim de corresponder às expectativas jurídico-constitucionais, ou seja, atuar como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que decidir de forma contramajoritária. Um dos primeiros deveres do STF é o de dizer “não” ao vilipêndio de garantias constitucionais, ainda que essa decisão seja completamente contrária à maioria. Segundo ponto é que o argumento da (de)mora jurisdicional é falacioso. Efetivamente existe um excesso de demanda da jurisdição do STJ (o que representa um sintoma do mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo graus) e uma atrofia da estrutura desse tribunal superior, que não dá conta de atender a um país de dimensões continentais como o nosso. Essa é a causa da demora nas decisões, que não será resolvida com a limitação da presunção de inocência imposta pelo STF. Os recursos especiais continuarão a demorar para serem julgados, pois a causa efetiva não foi atacada. A diferença é que agora teremos demora com prisão... E se, ao final, o REsp for provido e reduzida a pena, alterado o regime de cumprimento, anulada a decisão etc., o tempo indevidamente apropriado pelo Estado com essa prisão precoce e desnecessária, não será restituído jamais. Quem vai devolver o tempo de prisão indevidamente imposto?”⁶⁹

Além disso, a princípio, os recursos extraordinários *lato sensu* não são dotados de efeito suspensivo, sendo que o recurso extraordinário *stricto sensu* “há muito existente na nossa legislação, convivente com constituições anteriores, nunca se fez acompanhado do referido efeito suspensivo”⁷⁰. Segundo o mencionado autor, a ausência de efeito suspensivo desses recursos nada tem a ver com a exigência do trânsito em julgado para a formação do juízo positivo de culpabilidade sobre o acusado.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

“E a ausência de efeito suspensivo desses recursos? Primeiramente não guarda qualquer relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado (marco exigido pela Constituição para o fim da presunção de inocência). Em segundo lugar, é mais um civilismo fruto da equivocada adoção da teoria geral do processo, que desconsidera as categorias jurídicas próprias do processo penal e também a eficácia constitucional de proteção que inexistente no processo civil.”⁷¹

⁶⁹ Idem, p. 1.084-1.085.

⁷⁰ HORA, Nilo César Martins Pompílio da. *COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI ANTICRIME: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA*. p. 8.

⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.084.

CAPÍTULO III – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

3.1 - Análise sobre os paradigmas estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal

De início, cumpre ressaltar que o entendimento em relação à possibilidade da execução provisória da pena tem sido dividido, gerando controvérsia quanto à aplicação do Direito. Pode-se dizer, ainda, que o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente o seu posicionamento acerca da questão com o passar dos anos, mas parece estar longe de um entendimento pacificado, pois esse tema divide opiniões dentro da própria Corte Suprema, o que gera decisões conflitantes, e, sobretudo, insegurança jurídica, já que um grupo de ministros entende pela possibilidade do cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância, enquanto outro grupo diverge frontalmente desse posicionamento.

Com efeito, observa-se que o Supremo Tribunal Federal apresentava entendimento favorável à execução provisória da pena até o ano de 2009. Nesse mesmo ano, a mencionada Corte proferiu decisão paradigmática em sede do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, por meio de seu Pleno, em que ficou vedada a possibilidade do início do cumprimento de pena após o julgamento em segunda instância. Conforme salientado por Geraldo Prado, a referida decisão é “ponto culminante, neste aspecto, da conversão de nossa tradição autoritária em democrática em termos de processo penal”⁷².

Entretanto, Alexandre Moraes da Rosa cita um importante precedente, datado do ano de 2007, o *Habeas Corpus* nº 91232/PE, relatado pelo Ministro Eros Grau. Conforme o referido autor, em tal precedente “deu-se sentido democrático ao processo

⁷² PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 23 – Nº 277 – DEZEMBRO 2015 – ISSN 1676 – 3661, p. 11.

penal e à presunção de inocência”⁷³, tendo em vista que ressalta o condicionamento da execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como destaca que a prisão antes do trânsito em julgado apenas pode ser decretada a título cautelar, sendo o início do cumprimento da pena após o julgamento em segunda instância incompatível com o texto constitucional.

Com efeito, o acórdão proferido em sede do *Habeas Corpus* nº 91232/PE restou ementado nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades

⁷³ ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In: MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (Org.). *Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 12.

de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (g.n.)

(HC 91232, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00098 EMENT VOL-02302-02 PP-00284)

Os fundamentos utilizados em sede do *Habeas Corpus* nº 91232/PE foram repetidos no paradigma estabelecido pelo *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, sendo importante destacar que a interpretação mais favorável dada ao princípio da presunção de inocência vedaria a execução provisória da pena, já que nesse caso, não há trânsito em julgado. Além disso, entendeu-se que o artigo 105 da Lei de Execução Penal (“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”) prevaleceria sobre o artigo 637 do Código de Processo Penal (“O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”), pois a Lei de Execução Penal estaria em conformidade com a Constituição Federal de 1988, além ser lei posterior ao Código de Processo Penal.

Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão proferido em sede do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se

transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Ordem concedida. (g.n.)

(HC 840787, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009)

É importante notar a argumentação realizada em sede do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, em relação ao Recurso Extraordinário nº 482.006/MG, no qual a Corte Suprema entendeu que a redução de vencimentos de servidores públicos, afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, viola o princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois essa situação constituiria verdadeira antecipação da pena, antes mesmo de haver condenação. Portanto, se o Supremo Tribunal Federal vedou a possibilidade de antecipação de qualquer efeito no tocante ao direito de propriedade, sem a existência de uma decisão acobertada pelo trânsito em julgado, raciocínio idêntico deve ser utilizado para afastar a possibilidade de execução provisória da pena, pois, nesse caso, lida-se com garantia ainda mais sensível, o direito à liberdade do cidadão. Conforme Ada Pellegrini Grinover,

“no processo penal não se controverte em torno de um bem da vida que faça parte do comércio jurídico, mas sim em torno do valor do homem, que é o verdadeiro protagonista do drama penal; segue-se daí que a certeza do direito não pode identificar-se exclusivamente com a paz social, mas deve identificar-se também e principalmente com uma exigência de tutela da liberdade.”⁷⁴

Na mesma linha da fundamentação utilizada para afastar a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal, em razão da suposta prática de crime funcional, e buscando conformidade com o princípio da presunção de inocência, destaca-se a norma contida no artigo 20, da Lei nº 8.429/92, que versa sobre atos de improbidade administrativa, *in verbis*:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *EFICÁCIA E AUTORIDADE DA SENTENÇA PENAL*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 13.

função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Na realidade, como bem concluiu recentemente Juarez Cirino dos Santos:

“[...] c) a natureza política do princípio constitucional da presunção de inocência exclui relativizações fundadas na efetividade da jurisdição, que não tem status de direito fundamental; d) a redução da presunção de inocência à *disciplina da prova* mutila o conceito, porque afasta as regras políticas de *tratamento como inocente* e de *garantia da dignidade* do acusado.”⁷⁵

Entretanto, a partir do ano de 2016, quando foi julgado o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal voltou ao seu posicionamento anterior ao ano de 2009, para admitir a possibilidade da execução provisória da pena, entendendo que a pendência de recurso especial ou extraordinário não impede que a pena já possa ser executada após o proferimento de acórdão condenatório em sede de apelação, pois “haveria uma “espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa””⁷⁶, bem como os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo.

“Nas palavras do ministro relator Teori Zavascki: “*Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual*”.”⁷⁷

O ministro relator Teori Zavascki fora acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 27 – Nº 316 – MARÇO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 5.

⁷⁶ AMARAL, Mariana Gomes de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DECORRÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO*. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 201, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3079/2804>>. Acesso em: 20/05/2018.

⁷⁷ GIUBERTI, Glenio Puziol. *A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 314 – JANEIRO 2019 – ISSN 1676 – 3661, p. 10.

Os votos contrários foram proferidos pelos Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Rosa Weber, e Ricardo Lewandowski.

Com efeito, Aury Lopes Jr. ressalta que os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski concederam monocraticamente decisões para assegurar o direito do réu de recorrer em liberdade, revelando a instabilidade do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema da execução provisória da pena:

“Tal decisão gerou uma imensa polêmica no mundo jurídico e, inclusive, internamente, pois a seguir, em outros casos, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski concederam *habeas corpus* para assegurar o direito de recorrer em liberdade, reafirmando o postulado da presunção de inocência e ainda o caráter não vinculante da decisão proferida no HC 126.292. Isso demonstra uma oscilação que pode levar, a qualquer momento, a uma nova tomada de posição por parte do STF acerca do tema.”⁷⁸

Vale ressaltar o posicionamento exarado pelo ministro Celso de Mello nesse julgamento, afirmando a necessidade de prevalectimento da garantia do indivíduo de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação criminal:

“a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”⁷⁹.

Celso de Mello, afirma, ainda, que

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.082.

⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno em 17 fev. 2016. p. 84. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20/06/2019.

“a nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁸⁰.

Contudo, o acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP restou ementado da seguinte forma:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (g.n.)

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

No que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, essa Corte tem admitido a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados da referida Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena, proferido o juízo condenatório por Tribunal de Apelação. 2. Consta dos autos que a

⁸⁰ Idem, p. 88.

fase ordinária ainda não foi concluída, porquanto opostos embargos de declaração defensivos pendentes de julgamento, não havendo o que se falar em imediata execução antecipada. Contudo, assim que comprovados o esgotamento das instâncias ordinárias e a inexistência de recurso dotado de efeito suspensivo, não há óbices para a execução provisória da condenação penal, conforme orientação adotada por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental improvido. (g.n.)

(STJ - AgRg no HC: 491588 RS 2019/0030367-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/05/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE A JUSTIFICAR A UTILIZAÇÃO DA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA. **1. Evidenciado o esgotamento das instâncias ordinárias, esta Corte de Justiça possui a orientação de que é possível execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, quando esgotada a jurisdição ordinária, independentemente se foi concedido ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente.** 2. Agravo regimental improvido. (g.n.)

(STJ - AgRg no HC: 494651 ES 2019/0050553-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/04/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DEFESA PENDENTES DE JULGAMENTO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA ATÉ O ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

III - Assim, está autorizada a execução provisória da pena, sem violação a princípios constitucionais ou a normas legais, após a conclusão do julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

IV - Na hipótese, verifica-se que foram opostos Embargos de Declaração pela Defesa, ainda não julgados. Assim, não ocorrido o esgotamento das instâncias ordinárias, não se aplica, por enquanto, o precedente fixado pelo col. Pretório Excelso no julgamento do HC n. 126.292/SP, referente à possibilidade de execução provisória da pena.

Agravo regimental desprovido. (g.n.)

(AgRg no HC 425.531/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. ADVOGADO. SALA DE ESTADO-MAIOR. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA NÃO SE CONFUNDE COM O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. **I - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16). II - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada. III - Autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância, o que ocorreu no caso concreto, não há mais se falar em prisão preventiva ou até mesmo em possibilidade de sua substituição por prisão domiciliar e, pela mesma razão, também é afastada a possibilidade de execução provisória em sala de Estado-Maior. A previsão contida no art. 7º, inciso V, da Lei n. 8.906/1994, aplica-se aos casos de prisão cautelar de advogado, instituto que não se confunde com a execução provisória da pena. (Precedentes). Recurso ordinário não provido. (g.n.)**

(STJ - RHC: 84578 SC 2017/0116319-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 22/08/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2017)

3.2 - A irretroatividade da jurisprudência maléfica quanto à execução provisória da pena

Outro ponto de extrema relevância, levantado por Paulo Saint Pastous Caleffi, é a irretroatividade da jurisprudência maléfica, no que diz respeito à aplicação do entendimento favorável ao cumprimento de sentença condenatória após o julgamento

em segunda instância, consagrado majoritariamente no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

Primeiramente, cumpre relembrar que o princípio da irretroatividade da lei penal, insculpido no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, proíbe que lei mais severa seja aplicada para fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor, excetuando-se a retroatividade da lei mais benigna para o acusado. O referido autor destaca que, “dessa forma, com a adoção de tal regramento principiológico, busca-se coibir a insegurança jurídica eventualmente advinda da criação de novas condutas delitivas, ou do agravamento das já existentes no diploma legal”⁸¹. Assim, semelhante raciocínio deve ser utilizado no que diz respeito às alterações jurisprudenciais que sejam maléficas ao acusado, “uma vez que a lei e sua interpretação são essencialmente inseparáveis”⁸², não podendo permitir-se aos juízes aquilo que se veda aos legisladores.

Portanto, o que Paulo Saint Pastous Caleffi sugere, é justamente que o “novo entendimento da Suprema Corte, relativo à execução provisória da pena privativa de liberdade, não poderia ter atingido infrações penais já processadas, mas tão somente aquelas cometidas a partir da vigência da modificação jurisprudencial”⁸³. A utilização do conceito da irretroatividade da jurisprudência maléfica seria uma forma de, ao menos, proteger o indivíduo das modificações jurisprudenciais que flexibilizam o direito fundamental à presunção de inocência, esperando-se que, “a partir da aplicação da irretroatividade da jurisprudência maléfica, seja possível atenuar a sensação de que a prisão tem se tornado regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência”⁸⁴.

⁸¹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *A execução provisória da pena no Brasil e a irretroatividade da jurisprudência maléfica*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 304 – MARÇO 2018 – ISSN 1676 – 3661, p. 11.

⁸² Idem, p. 11.

⁸³ Idem, p. 12.

⁸⁴ Idem, p. 12.

CAPÍTULO IV – RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

4.1 - Importância e conceito de coisa julgada

De início, cumpre conceituar o instituto da coisa julgada, bem como explicitar sua importância para a ciência jurídica de uma maneira geral, não só para determinado ramo específico do Direito. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. destaca que “para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *Estado Democrático de Direito* ocorre por intermédio do instituto da **coisa julgada**. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito.”⁸⁵ No que diz respeito à importância desse instituto, o referido autor assinala que

“há determinados institutos no direito, de natureza material (v.g., decadência, prescrição) ou processual (v.g., preclusão), criados para propiciar *segurança* nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza *constitucional*, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). Sua proteção não está apenas na CF 5º, XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os *fundamentos da República* (CF 1º). O Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, *garantia fundamental* - CF 5º, XXXVI), que é a coisa julgada, são *cláusulas pétreas* em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4º, I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por *decisão judicial* posterior.”⁸⁶

Portanto, a coisa julgada possui dupla importância, tendo em vista que constitui elemento de existência do Estado Democrático de Direito, estabelecido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal⁸⁷, assim como faz parte das garantias fundamentais protegidas pela Lei Maior, especificamente no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta

⁸⁵ NERY JR., Nelson. *A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 288.

⁸⁶ Idem, p. 296-297.

⁸⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Magna⁸⁸, sendo, portanto, cláusula pétrea, insuscetível de supressão pelo Poder Constituinte Derivado.

Outrossim, cabe ressaltar que o instituto da coisa julgada está ligado diretamente à prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, o qual possui o objetivo fundamental da eliminação dos conflitos, visando o estabelecimento da paz social. Para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada, é necessário que a decisão proferida pelo Poder Judiciário seja justa e, conforme Teori Albino Zavascki, “proferir *decisões justas* é efetivar, no plano social, os desideratos básicos do sistema normativo, é consagrar, nas relações jurídicas concretas, os ideais estabelecidos, em plano abstrato, pelo ordenamento jurídico.”⁸⁹ Ademais, no que diz respeito ao conceito de uma decisão justa:

“*Decisão justa* é locução associada às ideias de segurança e de verdade, valores que se terá mais probabilidade de alcançar com exame aprofundado das questões controvertidas, com investigação minuciosa dos fatos, com revisão do julgado por mais de uma instância, ou por juízes mais experientes. Associa-se naturalmente a justiça da decisão ao grau da qualidade e da quantidade das providências de natureza jurisdicional desenvolvidas no processo.”⁹⁰

Logo, uma decisão justa está associada à cognição exauriente, ou seja, ao esgotamento de todos os mecanismos jurídicos disponíveis às partes. Com a ocorrência do exaurimento dos meios de cognição, a decisão proferida pelo Poder Judiciário deve se revestir da imutabilidade conferida pela coisa julgada, objetivando-se a pacificação social, a partir da estabilidade das decisões. Conforme assinala Teori Albino Zavascki,

“a tutela jurisdicional será conferida em processo em que os indivíduos envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade de

⁸⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 149.

⁹⁰ Idem, p. 149.

formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim, utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor. A intensa e democrática participação dos interessados na busca da verdade dos fatos e na formação da convicção do juiz é fator que concorre decisivamente para se alcançarem decisões justas. Mas depois, esgotadas as oportunidades para invocar as garantias do devido processo legal, pronunciando o juízo e, se necessário, encetadas as providências concretas de efetivação do julgado, a atividade jurisdicional estará concluída, tornando-se imutável o resultado da “apreciação”, feita pelo Estado-Juiz, do conflito de interesses a ele submetido, resultado esse que deverá ser respeitado, inclusive pelas leis supervenientes (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, diz o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988).”⁹¹

Outro ponto importante, nesse sentido, é que nem sempre a prestação jurisdicional conferida pelo Estado oferecerá uma solução justa às partes, motivo pelo é essencial que a decisão proferida tenha se dado conforme os ditames do devido processo legal, tendo sido permitido às partes lançar mão de todos os mecanismos jurídicos possíveis, com a expectativa real de influir na convicção do juiz. Por isso, “a cognição exauriente é instrumento importante para alcançar, em maior grau possível, a justiça das sentenças”⁹², sendo que,

“ainda quando a prestação jurisdicional não tenha chegado a um resultado justo, mesmo assim é importante que a pendência judicial assuma caráter definitivo e imutável, ou seja, que adquira a qualidade de coisa julgada. (...) O que importa, afinal, é ‘tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão’. Elas sabem quem exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência. Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado esse, desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e aquela, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade antissocial. (...) *Eliminar conflitos mediante critérios justos* - eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.”⁹³

⁹¹ Idem, p. 150.

⁹² Idem, p. 150.

⁹³ Idem, p. 150-151.

Além disso, torna-se essencial entender que o modelo constitucional brasileiro optou pelo valor da segurança jurídica, consubstanciado no instituto da coisa julgada, em eventual choque com o valor da justiça, justamente pelo fato de o Estado brasileiro ser um Estado Democrático de Direito, no qual a coisa julgada possui papel central na regulação dos conflitos e na busca da pacificação social. Nesse ponto, Nelson Nery Jr. destaca que,

“consoante o direito constitucional de ação (CF 5º, XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença justa é o ideal - *utópico* - maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime naxista, no qual prevalecia a sentença *justa* (sob o ponto de vista do *Führer* e do *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito.”⁹⁴

Para conceituar a coisa julgada, é necessário ressaltar, primeiramente, que esse instituto não se confunde com o efeito da sentença, pois “a autoridade da coisa julgada não é o efeito ou um efeito da sentença, mas uma qualidade e um modo de ser e de manifestar-se de seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, conforme as diversas categorias de sentenças”⁹⁵. Ou seja, há uma clara diferença entre a coisa julgada e a eficácia natural da sentença, pois enquanto “esta pode definir-se como um comando, plenamente eficaz em virtude da idoneidade natural dos atos estatais”⁹⁶, a coisa julgada constitui a imutabilidade dos efeitos da sentença, que ocorre justamente

⁹⁴ NERY JR., Nelson. *A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 297.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *EFICÁCIA E AUTORIDADE DA SENTENÇA PENAL*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 1.

⁹⁶ Idem, p. 2.

quando não há mais a possibilidade de interposição de recursos pelas partes⁹⁷. Portanto, “o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença (ou seja, a declaração ou a modificação), e não a relação jurídica sobre a qual o efeito incide”⁹⁸.

Outrossim, Ada Pellegrini Grinover sustenta que a autoridade da coisa julgada é restrita às partes, enquanto a eficácia natural da sentença possui efeitos *erga omnes*⁹⁹, raciocínio que se aplica tanto ao processo civil, quanto ao processo penal. Isso porque, o terceiro juridicamente prejudicado deve ser tratado com a mesma igualdade de direitos das partes, possuindo o direito de recorrer quanto à sentença proferida no caso concreto. Logo, é certo que a sentença guarda eficácia natural, com efeitos que atingem a todos, mas sua imutabilidade somente pode se configurar entre as partes litigantes, motivo pelo qual a coisa julgada é uma qualidade da sentença e de seus efeitos. Nas palavras da referida autora:

“O caráter público do processo, civil ou penal que seja, justifica a distinção de Liebman; enquanto não for demonstrada sua contrariedade ao direito, a sentença deve ser reconhecida como válido exercício do poder jurisdicional e se reveste, portanto, de uma eficácia normal, *erga omnes*, como consequência direta da presunção de legitimidade de que se reveste. Mas os direitos constitucionais de defesa, o princípio do contraditório, a bilateralidade da ação e da exceção fazem com que a imutabilidade da sentença somente possa valer *inter partes*: eis a natureza da coisa julgada, como qualidade da sentença e de seus efeitos.

O fundamento político da distinção de Liebman reside exatamente na garantia das partes e na possibilidade concedida ao terceiro, juridicamente prejudicado, de opor-se à sentença, que para ele é eficaz mas não imutável. O julgado não é indiscutível para o terceiro, nem é injusto o seu tratamento, porquanto poderá ele remover - independentemente de institutos com a intervenção ou os recursos - as consequências prejudiciais de uma sentença proferida *inter alios*.”¹⁰⁰

Ademais, cabe ressaltar que no Direito Processual Civil existe a diferenciação da coisa julgada em formal e material, sendo que a primeira ocorre em situações de extinção da lide sem resolução do mérito, nas quais a sentença é atingida apenas pela

⁹⁷ Idem, p. 2.

⁹⁸ Idem, p. 4.

⁹⁹ Idem, p. 44.

¹⁰⁰ Idem, p. 60/61.

preclusão recursal, o que não impede que a relação jurídica possa ser discutida novamente em outro processo. Em contrapartida, a coisa julgada material é “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”¹⁰¹, sendo que a coisa julgada formal é pressuposto para a formação da coisa julgada material.

Nelson Nery Jr., quando se refere ao instituto da coisa julgada como manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito, está se referindo à coisa julgada material, que traz consigo o valor da segurança jurídica, e “apresenta-se como o centro do direito processual civil”¹⁰², pois “tem a força de criar a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado”¹⁰³. Nesse sentido, o mencionado autor destaca que,

“entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.”¹⁰⁴

Após a formação da coisa julgada material em determinado processo, Nelson Nery Jr. menciona duas tarefas a serem cumpridas de ofício pelo juiz, que constituem as funções judiciais positiva e negativa, quais sejam, fazer valer a obrigatoriedade da sentença, bem como fazer valer sua imutabilidade. Nas palavras do autor:

“Tendo havido a formação da coisa julgada material sobre determinada decisão, sentença ou acórdão, duas são as tarefas que se apresentam ao juiz, que tem de exercê-las *ex officio*: a) fazer valer a obrigatoriedade da sentença (princípio da *inevitabilidade* da jurisdição), ou seja, fazer com que as partes e

¹⁰¹ NERY JR., Nelson. *A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 288.

¹⁰² Idem, p. 289.

¹⁰³ Idem, p. 289.

¹⁰⁴ Idem, p. 288.

eventuais terceiros atingidos pela coisa julgada cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela *auctoritas rei iudicatae* (função judicial *positiva*); b) fazer valer a imutabilidade da sentença e a intangibilidade da coisa julgada, impedindo que a lide por ela acobertada seja rediscutida (função judicial *negativa*). O juiz tem o dever de ofício de, *a limina iudicii*, indeferir a petição inicial que reproduz ação idêntica à anterior, resolvida por sentença de mérito transitada em julgado”¹⁰⁵.

4.2 - Relativização e desconsideração da coisa julgada

Inicialmente, cumpre ressaltar que o instituto da coisa julgada não é absoluto, significando dizer que, em determinadas hipóteses específicas e previstas em lei, existe a possibilidade da desconstituição da sentença transitada em julgado, em situações nas quais são tão graves os vícios contidos na decisão, que deve prevalecer no caso concreto o valor da justiça, em detrimento do valor da segurança jurídica, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de relativização da coisa julgada se aplica tanto ao processo civil, quanto ao processo penal, já que “a rescindibilidade da sentença transita em julgado é fenômeno comum ao processo civil e ao processo penal”¹⁰⁶, sendo que, “enquanto não atacada pela revisão, ou pela rescisória cível, é idêntico o fenômeno, em qualquer campo e qualquer que seja a natureza da sentença, absolutória ou condenatória”¹⁰⁷. Ada Pellegrini Grinover, explicando tal fenômeno, afirma que:

“a constante oposição entre dois valores primordiais - justiça e certeza - permite, em casos especiais, que a segurança das relações jurídicas, protegida pelo instituto da coisa julgada, ceda quando a veemência dos vícios da sentença seja de tal ordem, que recomende a prevalência do valor justiça. Desconstitui-se, assim, em casos extraordinários e legalmente previstos, a sentença passada em julgado e junto com ela se ataca a qualidade de seus efeitos, que é a própria coisa julgada.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ Idem, p. 290.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *EFICÁCIA E AUTORIDADE DA SENTENÇA PENAL*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. p. 5.

¹⁰⁷ Idem, p. 6.

¹⁰⁸ Idem, p. 5.

No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki ressalta a possibilidade de relativização da coisa julgada:

“A coisa julgada, embora com matriz constitucional, não é um valor absoluto. É instituto que tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que a imutabilidade dos julgados cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição. Trata-se, na verdade, de um princípio, como tal sujeito a relativização, de modo a possibilitar sua convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema. Por exemplo: o da imparcialidade do juiz, o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional, o da própria coisa julgada e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida de modo manifesto. Nos casos em que tais valores possam ficar comprometidos, relativiza-se a imutabilidade das sentenças, propiciando a correção da injustiça. O mais comum instrumento processual para isso é a ação rescisória, também contemplada na Constituição, destinada a corrigir, em caráter excepcional, decisões judiciais transitadas em julgado, inclusive as proferidas pelas mais altas cortes (arts. 102, I, *j*, e 105, I, *e*, da CF/1988).”¹⁰⁹

Nelson Nery Jr. classifica as hipóteses de relativização da coisa julgada como um abrandamento legal, ou seja, autorizado, de tal instituto, situações que possuem caráter totalmente excepcional. Nas palavras do mencionado autor:

“O sistema jurídico brasileiro prevê algumas situações de abrandamento da coisa julgada que, dada a sua excepcionalidade, somente nos casos expressos *taxativamente* na lei, portanto enunciados em *numerus clausus*, é que poderiam mitigar a coisa julgada. São eles: a) ação rescisória (CPC 485); b) embargos do devedor na execução por título judicial (CPC 741); c) revisão criminal (CPP 622); d) coisa julgada segundo o resultado da lide (LAP 18; CDC 103).”¹¹⁰

É essencial evidenciar o caráter constitucional do instituto da coisa julgada, pois “não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria”¹¹¹. Ademais, as hipóteses de

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

¹¹⁰ NERY JR., Nelson. *A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 297/298.

¹¹¹ Idem, p. 293.

relativização da coisa julgada, a princípio, seriam inconstitucionais, mas são justamente produtos da incidência do princípio da proporcionalidade, o que permite que sejam admitidas, conforme ressaltado por Nelson Nery Jr.:

“A coisa julgada não pode ser modificada nem por emenda constitucional (CF 1º *caput* e 60 § 4º I e IV), nem pela lei (CF 5º, XXXVI). *A fortiori*, não poderia ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário. Portanto, a norma da lei ordinária, que autoriza a modificação da coisa julgada pela ação rescisória (CPC 485), seria, aparentemente, inconstitucional. Entretanto, vemos a previsão legal da ação rescisória como consequência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados em *numerus clausus* pelo CPC 485. O sistema abre para o interessado mais dois anos (CPC 495), para que possa pedir ao Poder Judiciário a modificação da coisa julgada que se formara anteriormente. Passados os dois anos do prazo para o exercício da pretensão rescisória, dá-se o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais modificável, qualquer que seja o motivo alegado pelo interessado.”¹¹²

No Direito Processual Civil, a relativização da coisa julgada é representada principalmente pela ação rescisória, “destinada a modificar a coisa julgada protegida constitucionalmente”¹¹³, sendo constitucional, desde que exercida dentro das hipóteses taxativamente previstas nos incisos do artigo 966, do Código de Processo Civil¹¹⁴, e

¹¹² Idem, p. 298.

¹¹³ Idem, p. 298.

¹¹⁴ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

possuindo o prazo de 2 (dois) anos para ser intentada, contados a partir do trânsito em julgado, conforme o artigo 975, do mesmo diploma legal¹¹⁵.

Já no ramo do Direito Processual Penal, é possível atacar a coisa julgada formada pela sentença penal por meio da revisão criminal, a qualquer tempo, hipótese prevista no artigo 622, *caput*, do Código de Processo Penal¹¹⁶, bem como por meio de *Habeas Corpus*. Nas palavras de Nelson Nery Jr.:

“O sistema permite expressamente a *revisão criminal* a qualquer tempo (CPP 622) (a sentença penal condenatória transitada em julgado é passível *sempre* de rescisão pela revisão criminal), bem como o *habeas corpus* contra a coisa julgada, porque com essas ações se objetiva a discussão sobre a dignidade da pessoa humana (pessoa e seu *status* político - liberdade), em oposição à intangibilidade da coisa julgada. Ao revés, se a coisa julgada penal tiver sido produzida em favor da liberdade do réu, deve prevalecer, ainda que a sentença tenha sido proferida inconstitucional ou ilegalmente. Assim como ocorre no caso de ação rescisória e no dos embargos do devedor do CPC 741, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade contra a coisa julgada só existe se prevista *expressa e previamente em lei*.”¹¹⁷

Especificamente no que diz respeito ao Direito Processual Penal, observa-se que o instituto da coisa julgada está diretamente ligado à garantia da presunção de inocência, tendo em vista que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse modo, a coisa julgada é requisito para a formação do juízo de culpabilidade sobre o acusado, e, conseqüentemente, para o início do cumprimento da pena.

De mais a mais, Nelson Nery Jr. menciona hipóteses de total descon sideração da coisa julgada, representadas, principalmente, pelos exemplos da investigação de paternidade julgada improcedente quando ainda não havia DNA e desapropriação de

¹¹⁵ Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

¹¹⁶ Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

¹¹⁷ NERY JR., Nelson. *A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 301.

imóvel com avaliação supervalorizada, os quais “não justificam a criação de regra para quebrar-se o Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional da própria República brasileira (CF 1º, *caput*)”¹¹⁸. Para justificar a desconconsideração da coisa julgada, são utilizados dois argumentos básicos: “**a)** *coisa julgada injusta*: se a sentença tiver sido justa, faria coisa julgada; se tiver sido injusta, não terá feito coisa julgada; **b)** *coisa julgada inconstitucional*: se a coisa julgada for inconstitucional, não poderá prevalecer.”¹¹⁹ Contudo, correr o risco de afastar a segurança jurídica, “manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme reconhece a doutrina mundial”¹²⁰ não parece ser o melhor caminho, pois “o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconconsideração) da coisa julgada”¹²¹.

De fato, por todo o exposto, a execução provisória da pena constitui verdadeira hipótese de desconconsideração da coisa julgada penal, tendo em vista que se permite o início do cumprimento da condenação sem título executivo consubstanciado em uma sentença penal acobertada pelo trânsito em julgado. Entretanto, o problema é ainda mais grave, pois, além de não haver previsão constitucional para relativizar-se a coisa julgada penal dessa forma, o direito fundamental à presunção de inocência veda qualquer juízo positivo de culpabilidade sobre o indivíduo antes do esgotamento de todas as possibilidades recursais. Portanto, a doutrina e os juristas, de maneira geral, possuem o dever de refletir sobre a melhor aplicação do Direito, ainda mais quando os valores envolvidos possuem tamanha relevância para o indivíduo e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Nelson Nery Jr.:

“O jurista tem a grave tarefa de promover a melhor aplicação do direito, aumentando, com sua atividade, o grau de certeza da ciência do direito. A tarefa do jurista é a luta contra o arbítrio. Tudo o que ele escreve e exterioriza serve de norte para ações futuras, motivo pelo qual não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de

¹¹⁸ Idem, p. 292.

¹¹⁹ Idem, p. 292.

¹²⁰ Idem, p. 295.

¹²¹ Idem, p. 293.

busca científica. O jurista não pode semear discórdia, incerteza, insegurança, desigualdade e desequilíbrio social. Por isso a democracia e a ética obrigam o jurista a, constantemente, fazer um exame de consciência a respeito de sua atividade. O juiz não tem essa obrigação, pois a ele compete resolver o caso concreto, de acordo com o seu livre convencimento motivado (CPC 131).”¹²²

Em sua crítica sobre a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, Aury Lopes Jr., no que diz respeito ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena, afirma a importância de uma interpretação que respeite as categorias jurídicas construídas ao longo do desenvolvimento do Direito Processual Penal pátrio. Confira-se:

“O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com STRECK) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero da interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.”¹²³

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Lei Maior, possui a tarefa de interpretá-la com a maior precisão possível, respeitando os institutos e conceitos jurídicos preexistentes, bem como os juristas, em geral, devem promover a melhor aplicação do Direito, adstritos aos valores constitucionais, com o intuito de aumentar o alcance dos direitos fundamentais, e não suprimi-los.

¹²² Idem, p. 306.

¹²³ LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1.083.

CONCLUSÃO

De fato, a admissibilidade da execução provisória da pena representa uma dupla problemática no cenário jurídico atual. Primeiramente, pode-se dizer que o início do cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância vilipendia o direito fundamental à presunção de inocência, pois este garante ao réu que apenas após o esgotamento de todas as possibilidades recursais seja formado um juízo positivo de culpabilidade, o que autorizaria o início da execução penal. Portanto, não há dúvida de que a exigência de um título executivo, consubstanciado em uma sentença penal condenatória acobertada pelo trânsito em julgado, é essencial para que se possa falar em prisão definitiva, distinta das hipóteses de prisões cautelares, as quais possuem outros requisitos e finalidade diversa.

Outrossim, não se pode perder de vista que a coisa julgada é elemento de existência do Estado Democrático de Direito, representando o valor da segurança jurídica, essencial à estabilidade das relações e, conseqüentemente, ao alcance da pacificação social. Além disso, a coisa julgada assume forma de garantia fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹²⁴, motivo pelo qual não pode ser suprimida nem mesmo pelo Poder Constituinte Derivado, assim como o direito fundamental à presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior¹²⁵.

¹²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No Direito Processual Penal, a coisa julgada está intimamente conectada ao direito fundamental à presunção de inocência, pois apenas com a existência de sentença condenatória transitada em julgado torna-se possível realizar um juízo positivo de culpabilidade sobre o acusado, permitindo, assim, que este inicie o cumprimento da pena fixada pela autoridade judiciária. Desse modo, a possibilidade de execução provisória da pena também atinge o instituto da coisa julgada, representando a criação de verdadeira hipótese de relativização desse instituto, não prevista no modelo constitucional adotado, o que, em última análise, significa a total descon sideração da coisa julgada penal.

A argumentação em prol da duração razoável do processo, utilizada para a importação de institutos provenientes de modelos jurídicos diversos ao brasileiro, mostra-se apressada e errônea, tendo em vista que o conceito de culpabilidade adotado no país é o da culpabilidade jurídica, orientado a partir da cláusula pétrea da presunção de inocência, enquanto o modelo de culpabilidade adotado nos Estados Unidos é o da culpabilidade fática, que deposita no Estado a função de exercício de uma jurisdição eficiente, levando em consideração a igualdade entre direitos fundamentais. De igual modo, a crença exacerbada no aumento de leis penais e recrudescimento das já existentes como única alternativa para resolver a criminalidade no país não tem gerado os efeitos desejados. Muito pelo contrário, o que tem se observado é um crescimento no número de crimes cometidos, revelando a pouca efetividade da estratégia de fomento de leis penais.

Além disso, cumpre ressaltar que o raciocínio de que as questões fático-probatórias esgotam-se perante os tribunais superiores não é correto, pois a total separação entre matérias de fato e de direito é tarefa impossível no Direito. Portanto, para que o tribunal superior analise a matéria contida no recurso da parte, necessariamente deve rever tudo o que já foi produzido no processo, incluindo a matéria fática qualificada juridicamente. Ademais, a argumentação baseada na demora da prestação jurisdicional, com o fim de suprimir o efeito suspensivo dos recursos extraordinários *lato sensu* e possibilitar a execução provisória da pena, não é correta, já que a admissibilidade de tais recursos é dificultosa e em nada altera a exigência do

esgotamento das possibilidades recursais para a formação do juízo positivo de culpabilidade sobre o acusado.

De mais a mais, qualquer proposta de supressão de direito fundamental é vedada pela Constituição Federal, que estabelece os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, em seu artigo 60, §4º, inciso IV¹²⁶. Logo, veda-se ao Poder Constituinte Derivado a criação de emendas constitucionais que objetivem abolir ou reduzir o alcance das garantias fundamentais, sendo ainda mais grave propostas nesse sentido em sede de alterações à legislação ordinária, motivo pelo qual o projeto de lei anticrime torna-se inconstitucional no tocante às mudanças sugeridas para efetivar o início do cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância.

Analizando a evolução jurisprudencial da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal, percebe-se oscilações no entendimento da mencionada Corte, sendo importante ressaltar que o tema gera debates entre os próprios ministros, significando que nova mudança de orientação poderá ocorrer futuramente. Nesse sentido, objetivando a proteção mínima do indivíduo em relação às modificações jurisprudenciais prejudiciais à garantia da presunção de inocência, torna-se cabível a aplicação do conceito da irretroatividade da jurisprudência maléfica, para que, ao menos, o entendimento favorável à execução provisória da pena atinja somente as infrações penais cometidas a partir da vigência da nova orientação jurisprudencial, minorando, assim, os danos gerados pela admissibilidade do início do cumprimento da pena sem o esgotamento de todas as possibilidades recursais.

¹²⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Mariana Gomes de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DECORRÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO*. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3079/2804>>. Acesso em: 20/05/2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno em 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20/06/2019.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *A execução provisória da pena no Brasil e a irretroatividade da jurisprudência maléfica*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 304 – MARÇO 2018 – ISSN 1676 – 3661.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos>>. Acesso em: 20/06/2019.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DA ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 20/06/2019.

GIUBERTI, Glenio Puziol. *A inadequada aceitação da execução provisória da pena privativa de liberdade pelo suposto esgotamento das questões de fato e provas perante os tribunais superiores*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 26 – Nº 314 – JANEIRO 2019 – ISSN 1676 – 3661.

GOMES, Luiz Flávio. *Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 27 – Nº 316 – MARÇO 2019 – ISSN 1676 – 3661.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *EFICÁCIA E AUTORIDADE DA SENTENÇA PENAL*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

LOPES JUNIOR, Aury. *DIREITO PROCESSUAL PENAL*. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 23 – Nº 277 – DEZEMBRO 2015 – ISSN 1676 – 3661.

PROJETO DE LEI ANTICRIME. Disponível em:
<<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06>>. Acesso em: 20/06/2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In: MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo (Org.). *Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ANO 27 – Nº 316 – MARÇO 2019 – ISSN 1676 – 3661.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *EFICÁCIA DAS SENTENÇAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.